

REGIME GERAL DOS SERVIDORES PÚBLICOS E ESPECIAL  
DOS MILITARES – IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL PARA  
ADOÇÃO DE REGIME PRÓPRIO AOS MILITARES  
ESTADUAIS – INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 40, 20, 42 E  
142, 3º, INCISO X, DO TEXTO SUPREMO - PARECER.

*Ives Gandra da Silva Martins*

Professor Emérito da Universidade Mackenzie, da UNIFMU e  
Presidente do Centro de Extensão Universitária.

CONSULTA

A consulente, **POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO**, honra-me com consulta precedida das seguintes considerações, formulando, ao final, três quesitos:

*REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA PARA OS MILITARES ESTADUAIS*

*Situação:*

*1. Necessidade legal de um Regime Próprio de Previdência Social para os militares estaduais, em face dos dispositivos constitucionais vigentes.*

*Análise:*

*1. A reforma previdenciária efetuada na Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 41, de 2003, trouxe a lume questão de suma importância para a definição do Regime Previdenciário dos Militares dos Estados e dos Territórios.*

2. Basicamente, essa modificação constitucional distingue dois regimes previdenciários, a saber: o Regime Geral de Previdência Social, que abarca todos os trabalhadores regidos pela legislação trabalhista, e o Regime Próprio de Previdência Social, destinado aos servidores públicos e aos militares.

3. Interessa-nos discorrer sobre o Regime Próprio de Previdência Social para os servidores públicos e para os militares, vez que a pergunta que se faz, diante dos ditames constitucionais é, se os militares, estaduais e federais, devem integrar esse regime em conjunto com os servidores públicos, ou se devem ter um regime próprio previdenciário distinto daqueles.

4. As disposições constitucionais que regulam a matéria relativa aos militares estaduais, ponto que nos interessa, são:

Art. 42. Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

§ 1º. Aplicam-se aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, além do que vier a ser fixado em lei, as disposições do art. 14, § 8º, do art. 40, § 9º; e do art. 142, §§ 2º e 3º, cabendo a lei estadual específica dispor sobre as matérias do ad. 142, § 3º, inciso X, sendo as patentes dos oficiais conferidas pelos respectivos governadores.

§ 2º. Aos pensionistas dos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios aplica-se o que for fixado em lei específica do respectivo ente estatal.

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, Exército e Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

§ 1º. Lei complementar estabelecerá as normas gerais a serem adotadas na organização, no preparo e no emprego das Forças Armadas.

§ 3º Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei as seguintes disposições:

(...)

X — a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência

*do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra.*

*5. De plano, verifica-se que, tanto para os militares estaduais quanto para seus pensionistas, há necessidade de lei específica do respectivo ente estatal, para regular-lhes os direitos. E, para os militares estaduais, isso se extrai da combinação do contido no § 1º do art. 42 com o contido no inciso X do § 3º do art. 142, resultando na conclusão de que “lei estadual específica disporá sobre os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferências do militar estadual para a inatividade, os direitos, os deveres, consideradas as peculiaridades de suas atividades”.*

*6. Por óbvio que o legislador constituinte, ao deixar para a legislação estadual específica a regulação das regras de inatividade e de direitos dos militares estaduais, não o fez por acaso, mas sim, levou em consideração as dimensões do Brasil e as diversas nuances culturais que nele subsistem, segundo a realidade sócio-econômica de cada ente federado. E, nem poderia ser diferente, afinal o “estresse” vivido por um policial militar do sertão da Bahia, não é igual àquele de um policial militar, de mesmo posto ou graduação, atuando na periferia da cidade de São Paulo ou num morro da cidade do Rio de Janeiro.*

*7. Essa tendência descentralizadora é uma constante na Constituição Federal desde a publicação da Emenda Constitucional nº 18/98, que dispôs sobre o regime constitucional dos militares.*

*8. Uma das primeiras modificações que ela estabeleceu no texto constitucional foi separar o gênero agente público em duas espécies: os servidores públicos e os militares.*

*9. Isto se conclui da observação na alteração determinada pelo artigo 2º da referida emenda, que deu nova denominação às Seções II e III do Capítulo VII do Título III da Constituição Federal, passando elas a denominarem-se, respectivamente, “DOS SERVIDORES PÚBLICOS” e dos “MILITARES DOS ESTADOS, DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS”.*

*10. Juridicamente, podemos inferir que todos os agentes públicos da Administração Pública que não forem militares serão servidores públicos. Isso se justifica na medida em que verificamos as diferenças de destinação existente entre as categorias.*

*Diferenças que já se destacam no momento da seleção para ingresso nas respectivas carreiras. Para o serviço público, em regra, exige-se um conhecimento técnico prévio para o desempenho de suas funções, ao passo que, contrariamente, para o interessado que queira ser militar, exige-se apenas o conhecimento escolar comum, segundo a carreira a ser abraçada, pois todo o seu ofício será ensinado pelo Estado.*

*11. Mas, as diferenças não param por aí. Dos agentes da Administração Pública, em geral, exige-se eficiência, probidade, dedicação e interesse pela causa pública, porém, no âmbito do serviço público comum, tal empenho está restrito somente ao bom desempenho das respectivas funções, não indo além disso. Do militar espera-se um pouco mais de dedicação, haja vista o seu juramento de empenhar a própria vida para a defesa da sociedade e da sua Pátria, além de outras peculiaridades que ressaltam as especiais diferenças entre os militares e os demais funcionários públicos, tais como:*

*11.1. alto grau de letalidade e ferimentos em defesa da sociedade, deixando viúvas e órfãos;*

*11.2. riscos à vida, à saúde e à integridade física, tanto na atividade de polícia ostensiva e preservação da ordem pública, como na atividade de combate a incêndios, resgate e salvamentos;*

*11.3. regime de trabalho policial militar sujeito a variações de horários, prolongamentos e antecipações de escala de serviço, com previsão legal de tal situação que os impossibilita de receber horas extras e remuneração por trabalho noturno superior ao diurno;*

*11.4. instituição baseada na hierarquia e disciplina, com características disciplinares rígidas, necessárias à garantia da lei, da ordem e dos poderes constituídos;*

*11.5. vedação constitucional aos direitos de sindicalização e greve;*

*11.6. sujeição aos rigores do Código Penal Militar e Código de Processo Penal Militar, além das legislações penais e processuais comuns, essenciais ao controle da Força;*

*11.7. possibilidade de reversão de Oficiais ao serviço ativo nas situações previstas em lei, bem como alcance das disposições do Regulamento Disciplinar e Código Penal Militar aos militares da reserva e reformados;*

*11.8. vedação ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, o que somente é compensado pela sua aposentadoria com vencimentos integrais, iguais aos dos militares da ativa;*

*11.9. vedação ao aviso-prévio;*

*11.10. vedação a participação nos lucros e ao Seguro-Desemprego;*

*11.11. vedação ao direito de receber o 13º salário proporcional ao tempo de serviço.*

*12. Diante disto é que entendeu o legislador constitucional de destacar o militar brasileiro, federal ou estadual, em sistema jurídico próprio, vez que não há como igualar situações desiguais, iniciando-se tal distinção pela separação de ambos os sujeitos em setores específicos do texto constitucional.*

*13. Assim, a distinção fática justifica a distinção jurídica entre os servidores públicos e os militares, destacada no artigo 42 da Constituição Federal, com a redação dada pela EC nº 18/98, cuja redação transcrevemos acima.*

*14. A tendência descentralizadora iniciada em 1998, foi ratificada pela Emenda Constitucional nº 41/03, ao definir, no § 20 do art. 40, uma ressalva para a existência de apenas um regime próprio de previdência social, como segue:*

*Art. 40 ....*

*§ 20. Fica vedada a existência de mais de um regime próprio de previdência social para os servidores titulares de cargos efetivos, e de mais de uma unidade gestora do respectivo regime em cada ente estatal, ressalvado o disposto no art. 142, § 3º, X.*

*15. Desse texto, depreende-se que, tanto no âmbito da União, quanto no âmbito dos Estados Federados, poderão subsistir dois regimes próprios de previdência social, um para os servidores civis e outro para os militares. E, para que não restem dúvidas, esclarecemos que a União terá dois regimes próprios de previdência, um para os servidores civis e outro para os militares; e, cada um dos Estados terá duas unidades gestoras de regime próprio de previdência, um para os seus servidores civis e outro para os seus militares.*

*16. Outro ponto que só vem confirmar o presente entendimento, reside no fato de que do art. 40 da Constituição Federal, dispositivo este, inserido na Seção II - Dos Servidores Públicos, somente se aplica ao militares dos Estados o contido em seu § 9º, que trata da contagem recíproca de tempo de contribuição federal, estadual ou municipal, ratificando o entendimento de que nada além disso se aplicaria aos militares dos Estados, cabendo, como já afirmado, a uma lei específica estadual dispor sobre o regime próprio de sua previdência social e não uma lei federal estabelecendo regras gerais.*

17. Igual situação ocorre para os militares das Forças Armadas, vez que, para eles, nada mais do art. 40 lhes é aplicável, em face da revogação do inciso IX do § 3º do art. 142, efetivada pela EC. n. 41/03, sendo certo que até o momento dessa revogação aplicavam-se a esses militares as disposições dos § 70 e 8º do art. 40.

18. E o principal fundamento para tal entendimento encontra-se no fato de que a lei estadual específica regulará direitos dos militares estaduais e não há como negar que o regime previdenciário é um direito de todos os trabalhadores, haja vista o contido no art. 194 da Constituição Federal, que estabelece:

“Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. (Grifamos).

19. Também não há que se negar o entendimento de que, se o disposto no § 20 do art. 40 da Constituição Federal fosse no sentido de uma unidade gestora única do regime de previdência tanto para os militares quanto para os demais servidores públicos, logo, as regras dos § 14 a 16 do art. 40 seriam a eles estendidas, o que não ocorre, pois, o próprio art. 42 definiu que do art. 40 somente se aplicam aos militares estaduais as disposições do seu § 9º.

20. Não obstante, caso toda essa fundamentação constitucional não seja suficiente para esclarecer as “nuances” de um regime próprio de previdência social dos militares estaduais, devemos, então, buscar respaldo nos fundamentos lógicos dos termos utilizados nessa digressão.

21. Assim, cumpre destacar o sentido do vocábulo “próprio”.

22. Nosso vocabulário pátrio indica que próprio é o que pertence a; peculiar; particular; natural; adequado; apropriado; oportuno; conveniente; idêntico; exato; certo; preciso; verdadeiro; autêntico; qualidade ou feição especial.

23. Ora, se o regime dos militares estaduais é próprio não é lógico aplicar-se-lhe as regras de outro regime pois, se era para se seguirem as mesmas regras não deveria o Constituinte ter-lhes indicado a necessidade de regras diferentes, como demonstrado na ressalva do § 20 do art. 40.

Diante dessas considerações, indaga-se:

Existe a necessidade jurídica de um Regime Previdenciário Próprio dos Militares Estaduais, regulado em lei estadual específica, diversa da lei que regula o regime próprio dos servidores públicos?

*Trata-se de um “poder-dever”?*

*Pressupõe, se afirmativa a resposta, a criação ou recepção, conforme o ente federativo, de legislação pretérita sobre Unidade Gestora própria?*

## RESPOSTA

A resposta poderia resumir-se à concordância com todos os termos da fundamentação da consulta e encerrar-se por aqui.

São, rigorosamente, corretos, jurídicos e constitucionais os elementos exe-géticos trazidos pela consulente para justificar a necessidade de um regime próprio da previdência para militares estaduais.

Os militares dos Estados já deveriam ter, há muito tempo, um regime previdenciário exclusivo, não sendo sua outorga pelos entes federativos regionais - que possuam polícias militares- uma faculdade, mas um “poder-dever”, em visão mais abrangente que aquela de apenas ser exercida, em hipótese vinculada à soberania popular.<sup>1</sup>

Não só os militares têm direito a regime próprio como os Estados devem – e não podem se furtar a assim agir - outorgá-los, de imediato, risco de estarem se omitindo, inconstitucionalmente.<sup>2</sup>

A Constituição de 1988 determinou a existência de dois grandes regimes de previdência social, um para os trabalhadores do segmento privado e outro para aqueles que atuarem no setor público, na disciplina estatutária. Impôs, por outro lado, regime único para servidor público, o que levou, os assim denominados “celetistas” a serem incorporados à categoria dos estatutários, ainda no Governo Collor, com implicações econômicas e nas finanças públicas, que não cabe aqui esmiuçar.<sup>3</sup>

1 Maria Helena Diniz, citando Othon Sidou, justifica concepção restrita da teoria do poder-dever: “PODER-DEVER. Ciência Política. Autoridade emanada da cidadania e concentrada no eleitorado, para manifestar-se no exercício da soberania popular (Othon Sidou)” (Dicionário Jurídico, vol. 3, J-P, Ed. Saraiva, 1998, p. 617).

2 Celso Ribeiro Bastos ensina: “Havendo algum direito assegurado pela Constituição, mas que esteja obstaculizado pela inexistência de uma norma que torne efetiva a norma constitucional, pode o Poder Judiciário, ao apreciar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, reconhecer a inércia que, se cometida pelo Poder Legislativo, a este será dado ciência para que adote as medidas necessárias, no sentido de suprir a omissão” (Comentários à Constituição do Brasil, 4º vol., tomo III, Ed. Saraiva, 2000, p. 269).

3 Estava o artigo 39 da Constituição de 1988 assim redigido: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta das autarquias e das fundações públicas.

§ 1 “A lei assegurará, aos servidores da administração direta, isonomia de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou semelhantes do mesmo Poder ou entre servidores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ressalvadas as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local de trabalho.

A meu ver, já se admitia, desde o início, implicitamente, dois regimes jurídicos próprios entre os servidores públicos, um para os militares, outro para os servidores em geral, por força do Título V da lei suprema.

De rigor, foi a E.C. n. 41/03, todavia, que, claramente, explicitou a natureza nitidamente distinta dos dois regimes, declarando, de forma inequívoca, a diferenciação, dentro do regime próprio dos servidores públicos, e abrindo espaço para um regime especial previdenciário dos militares.

Dúvida não há mais sobre a separação do regime geral da previdência, daquele do regime próprio dos servidores públicos, como também para mim dúvida não há mais de que o regime previdenciário dos militares pode e deve ser distinto daquele dos demais servidores públicos.<sup>4</sup>

O primeiro dispositivo a ser examinado é o artigo 42 da Constituição Federal, lembrando-se que o capítulo VII da Constituição Federal, dedicado à Administração Pública, cria duas disciplinas administrativas de direito e obrigações, ou seja, a da seção II, dedicada aos “servidores públicos”, e a da Seção III, dedicada aos “militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios”. Vale dizer, é a própria Constituição que diferencia, nitidamente, do ponto de vista de direitos e obrigações, os dois regimes de servidores públicos, um deles destinado a todos os demais servidores, que não sejam militares, e um específico para os militares dos Estados, Distrito Federal e dos inexistentes Territórios.

---

§ 2 “Aplica-se a esses servidores o disposto no art. 7º, IV, VI, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII, XXIII e XXX”.

José Cretella Jr. assim o comentou: “Regime jurídico administrativo é o que submete o poder público e o agente público às regras do direito administrativo, que se caracterizam, em relação ao direito privado, seja porque conferem à Administração prerrogativas sem equivalente nas relações privadas, seja porque impõem à sua liberdade de ação sujeições mais estritas do que às que se submetem os particulares entre si (cf. Rivero, *Droit administratif*, 12 ed., 1987, p. 43). Ao regime administrativo contrapõe-se o regime privatístico.

Há, desse modo, no que diz respeito ao agente público, dois regimes, o regime jurídico de direito público, ou estatutário, e o regime jurídico de direito privado, ou celetista. Os dois regimes jurídicos, o estatutário e o trabalhista, coexistiam, lado a lado, muito antes de 5 de outubro de 1988.

A regra jurídica constitucional de 1988, art. 39, “caput”, determina, agora, que, no âmbito das respectivas competências, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão instituir regime jurídico único para os servidores públicos da Administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas” (V Comentários à Constituição 1988, Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1991, p. 2391).

4 Escrevi: “O último dispositivo sobre as Forças Armadas introduzido pela Emenda Constitucional n. 18/98 é o dispositivo acima.

Faz menção à lei que cuida dos limites de idade para ingresso e para aposentadoria compulsória, assim como cuida de diversas outras condições para que um militar passe para a inatividade.

Refere, o constituinte, ainda, que a lei explicitará direitos, deveres, remuneração, prerrogativas e as situações especiais da vida militar, em face da peculiaridade de suas atividades, neles incluindo aquelas decorrentes de compromissos internacionais ou de guerra eventual” (Comentários à Constituição do Brasil, 5º vol., Ed. Saraiva, 2000, p. 203).



Se tal não bastasse, o § 1º do artigo 42, assim está redigido:

*§ 1º Aplicam-se aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, além do que vier a ser fixado em lei, as disposições do art. 14, § 8º; do art. 40, § 9º; e do art. 142, §§ 2º e 3º, cabendo a lei estadual específica dispor sobre as matérias do art. 142, § 3º, inciso X, sendo as patentes dos oficiais conferidas pelos respectivos governadores. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98) (grifos meus),*

ressaltando-se, de início, que a expressão:

*além do que vier a ser fixado em lei,*

abre espaço diferencial para os militares, em nível de obrigações e deveres, se comparados com os demais servidores.

Suas obrigações e deveres são de natureza, manifestamente, diversa.<sup>5</sup>

Vejamos o que dispõem os dispositivos, que impõem obrigações adicionais para aqueles que seguem a vocação militar.

De início, direitos políticos amplos chocam-se com o exercício da função militar, ao ponto de o seu titular ser obrigado a opções restritivas que os demais servidores não estão.

O § 8º do artigo 14 está assim redigido:

*§ 8º - O militar alistável é elegível, atendidas as seguintes condições:*

*I - se contar menos de dez anos de serviço, deverá afastar-se da atividade;*

*II - se contar mais de dez anos de serviço, será agregado pela autoridade superior e, se eleito, passará automaticamente, no ato da diplomação, para a inatividade,*

5 Pinto Ferreira ensina: "A polícia militar é privativa das corporações militares, com atividade exercida por profissionais militares. É denominada comumente Força Pública.

Tem por missão constitucional o policiamento ostensivo e a preservação da ordem pública.

O corpo de bombeiros militares tem a missão de executar as atividades de defesa civil. Os bombeiros militares formam um corpo de agentes do governo organizados sob a forma militar que se encarrega do serviço público de segurança e combate a incêndios, perigos e acidentes que tumultuam e ameaçam a segurança pública.

As polícias militares e corpos de bombeiros militares constituem forças auxiliares do Exército, estando subordinados, juntamente com as polícias civis, aos governadores dos Estados, Distrito Federal e Territórios" (Comentários à Constituição Brasileira, Saraiva, 1992, v. 5, p. 245).

em clara diminuição de opções funcionais ou políticas do militar, em face a outros servidores públicos.<sup>6</sup>

Se o § 9 do artigo 40, cuja dicção se segue:

*§ 9º - O tempo de contribuição federal, estadual ou municipal será contado para efeito de aposentadoria e o tempo de serviço correspondente para efeito de disponibilidade. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98).*

não os distingue dos demais servidores, o mesmo não se diga do artigo 142, § 2º e 3º, cujo discurso é o seguinte:

*§ 2º - Não caberá habeas-corpus em relação a punições disciplinares militares.*

*§ 3º Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)*

*I - as patentes, com prerrogativas, direitos e deveres a elas inerentes, são conferidas pelo Presidente da República e asseguradas em plenitude aos oficiais da ativa, da reserva ou reformados, sendo-lhes privativos os títulos e postos militares e, juntamente com os demais membros, o uso dos uniformes das Forças Armadas; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)*

*II - o militar em atividade que tomar posse em cargo ou emprego público civil permanente será transferido para a reserva, nos termos da lei; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)*

6 Manoel Gonçalves Ferreira Filho assim o comenta: “Elegibilidade dos militares. Em princípio, o militar que é alistável pode ser candidato, preenchidas, é claro, as exigências legais. Da inscrição de sua candidatura, contudo, resultam certos efeitos relativamente à sua condição de militar, que regulam os incisos deste parágrafo, adiante comentados”, continuando: “Afastamento. No direito anterior (Emenda n. 1/69, art. 150, § 1.0, a) militar que, contando até cinco anos de serviço, se candidatasse, seria excluído do serviço ativo. O texto acima parece dizer que isso não mais é exigido. Entretanto, se assim for, não haverá diferença na situação aqui prevista e na do militar com mais de dez anos de serviço, que regula o inciso seguinte. Assim o afastamento da atividade pode ser interpretado como significando deixar a condição de militar da ativa” e concluindo: “Agregação. Se o militar, ao inscrever-se como candidato, contar com mais de dez anos de serviço ativo, sua candidatura importa, automaticamente, a sua agregação para fins de interesse particular. Ou seja, afasta-o temporariamente do serviço ativo. O afastamento perdurará até, no máximo, a diplomação dos eleitos, quando passará para a inatividade, se eleito.

E isso em caráter definitivo. Findo o mandato, não poderá reverter ao serviço ativo, em tempo de paz. Caso não eleito, reverterá à ativa” (Comentários à Constituição Brasileira de 1988, vol. 1, Ed. Saraiva, p. 127/128).

*III - O militar da ativa que, de acordo com a lei, tomar posse em cargo, emprego ou função pública civil temporária, não eletiva, ainda que da administração indireta, ficará agregado ao respectivo quadro e somente poderá, enquanto permanecer nessa situação, ser promovido por antigüidade, contando-se-lhe o tempo de serviço apenas para aquela promoção e transferência para a reserva, sendo depois de dois anos de afastamento, contínuos ou não transferido para a reserva, nos termos da lei; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)*

*IV - ao militar são proibidas a sindicalização e a greve; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)*

*V - o militar, enquanto em serviço ativo, não pode estar filiado a partidos políticos; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)*

*VI - o oficial só perderá o posto e a patente se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão de tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)*

*VII - o oficial condenado na justiça comum ou militar a pena privativa de liberdade superior a dois anos, por sentença transitada em julgado, será submetido ao julgamento previsto no inciso anterior; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)*

*VIII - aplica-se aos militares o disposto no art. 7º, incisos VIII, XII, XVII, XVIII, XIX e XXV e no art. 37, incisos XI, XIII, XIV e XV; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)*

*X - a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998).*

É fantástico o elenco limitativo da livre atuação do militar, com especial destaque aos incisos II, III, IV, este proibindo taxativamente, diferentemente do que ocorre com os demais servidores, a sua sindicalização e o direito de greve. O inciso V impõe a vedação de vida política-partidária, sobre estarem, os demais incisos, enquadrando o militar em regime mais

sóbrio, mais severo, mais limitativo e com muito mais obrigações que de todos os demais servidores.<sup>7</sup>

É interessante notar que é a Constituição Federal, no que concerne ao inciso X do § 3º do artigo 142, que outorga à lei estadual a função de definir requisitos próprios e regionais para o militar, também em clara demonstração de que o constituinte fez questão de outorgar à competência legislativa dos Estados, a conformação de um regime próprio administrativo para regular os aspectos mencionados no referido inciso X.<sup>8</sup>

O § 2º do artigo 42, introduzido pela E.C. n. 18/98 e assim redigido:

*§ 2º. Aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios e a seus pensionistas, aplica-se o disposto no art. 40, §§ 4º. e 5º; e aos militares do Distrito Federal e dos Territórios, o disposto no art. 40, § 6º,*

deixou claro, por outro lado, que aos pensionistas militares aplicar-se-á lei específica – repito específica - para seu regime, de rigor, explicitando regime próprio especial que, a meu ver, já se configurava na redação original da Constituição de 1988. Para evitar dúvidas, entretanto, de que não só os aposentados, mas os pensionistas devem possuir regime próprio especial previdenciário, é que se acrescentou o § 2º, visto que do artigo 42 já defluiu a necessidade de regime diverso para a aposentadoria dos militares.<sup>9</sup>

7 Sobre o inciso IV do artigo 142 escrevi: “A sindicalização e a greve são proibidas para os militares. O dispositivo parece-me salutar.

A sindicalização não tem sentido. Os militares representam a categoria de servidores públicos de maior relevância para o País, pois encarregados da proteção da pátria.

Se, de um lado, todos os demais servidores são importantes, nenhum deles se reveste, nos momentos de crises internas ou internacionais, da importância do militar. E, em um mundo que ainda não abandonou o recurso extremo da guerra, havendo, no ano 2000, inúmeros focos de conflitos armados entre as nações e dentro delas permanecendo, a categoria é fundamental.

Em meu livro “Desenvolvimento econômico e segurança nacional - Teoria do limite crítico” fiz um levantamento da história humana a partir das guerras, mostrando que, mesmo na época da Pax Romana, havia guerras de fronteira e inúmeros conflitos na Ásia. Certamente as haveria também na África e na América, dados, todavia, que, à falta de documentos privados, não foi possível levantar.

Permitir a sindicalização seria, portanto, admitir que os sindicatos pudessem impor às Forças Armadas seus pontos de vista e reivindicações, em detrimento do interesse nacional.

Quem escolhe a carreira das armas sabe, de antemão, que não poderá sindicalizar-se, até por respeito à hierarquia, condição fundamental para que haja ordem e comando nas Forças Armadas. A greve, em momento de crise institucional ou de ameaça externa, poderia, inclusive, colocar em risco toda a nação, por falta de defesa” (Comentários à Constituição do Brasil, 5º vol., Ed. Saraiva, 2000, p. 189/190).

8 Uadi Lammego Bulos ensina que o § 1º do artigo 42: “abre a possibilidade de lei ordinária regular matérias relacionadas ao regime jurídico dos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios” (Constituição Federal Anotada, Ed. Saraiva, 5ª. ed., 2003, p. 701).

9 Escrevi, ao comentar o texto da CF de 1988, antes da E.C. n. 20: “Algumas polícias militares são tão importantes que seu contingente é quase tão grande quanto o do Exército instalado naquela unidade da Federação, quando não superior.

É relevante notar que, muito embora o artigo 142 “caput” seja dedicado, exclusivamente, às Forças Armadas, o fato de os §§ 2º e 3º explicitadores de seu regime jurídico, serem aplicados aos militares dos Estados, torna os regimes idênticos, devendo-se considerar que o *caput* do artigo 42 têm dicção praticamente igual à do 142, por falar em

*“instituições”*  
*“organizadas com base na hierarquia e disciplina”,*

requisitos essenciais para militares federais ou estaduais.<sup>10</sup>

O aspecto mais relevante, todavia, da imposição constitucional de um regime próprio especial, faz-se no inciso X do artigo 142, que fala em *“lei estadual”* (por dicção do § 1º do art. 42).

Cuidará entre outros aspectos:

*“da transferência para a inatividade”*  
*“sobre direitos e deveres”*  
*“sobre remuneração”*  
*“sobre prerrogativas”*  
*“sobre outras instituições especiais”*  
*“sobre as peculiaridades de sua atuação”,*

em meridiana prova de que, entre tais direitos, o da inatividade e aposentadoria, ou pensão de seus dependentes, depende de **lei específica. Repito: específica.**<sup>11</sup>

De rigor, a soma dos contingentes das polícias militares, civis e corpos de bombeiros deve ser superior ao das Forças Armadas, cujo papel primacial é a defesa externa, enquanto aqueles devem manter a segurança interna, diariamente. O inimigo externo é eventual, enquanto o inimigo interno da sociedade é permanente, crescendo o número de facinoras e marginais na medida em que crescem a pobreza, os desníveis sociais, o uso de drogas, a perda de valores, o subemprego e o desemprego, a superpopulação das cidades e a deletéria mídia que mais deforma que forma a população.

A título de exercer a liberdade de expressão do pensamento e de assegurar que cada um viva qualquer tipo de vida, mesmo que de libertinagem total, a imprensa falada, televisada e escrita mais deforma que forma, pois o “bom comportamento” não é notícia e o “mau comportamento” o é, razão pela qual as notícias são sempre de fatos não edificantes” (Comentários à Constituição do Brasil, 5ª. vol. ob. cit. p. 218/219).

10 Escrevi: “As características maiores das Forças Armadas são a rígida disciplina e a hierarquia rigorosa, não cabendo a seus integrantes qualquer veleidade opinativa contra as determinações ou as pessoas de seus superiores, mesmo após estarem na reserva. Em outras palavras, os oficiais da reserva não podem fazer críticas aos oficiais da ativa, podendo ser punidos” (ob. cit. p. 163).

11 André Tavares ensina: “Wroblewski considera que “sem razões suficientes não se deveria atribuir aos termos interpretados nenhum significado especial, diverso do significado que esses termos têm na linguagem natural comum”. Especificando esse entendimento para o campo constitucional, Celso Bastos pondera: “Em certo sentido, pode-se afirmar que a Constituição não tolera o vocábulo técnico” “ (Curso de Direito Constitucional, Ed. Saraiva, 2003, p. 77).

Neste ponto, concordo, também, com os argumentos correspondentes à intenção demonstrada pelo constituinte de outorgar aos Estados a definição de tais regras — e não a União. Fê-lo, em face da enorme diversidade, problemas, riscos e ação de policiais militares, conforme as peculiaridades próprias das diversas unidades federadas do país.<sup>12</sup>

A descentralização, no caso, se justifica plenamente, por força das características e profundas diferenças existentes, entre as regiões que conformam um país continental como o Brasil.

E aqui cabe uma breve menção à E.C. n. 18/98.

Como já me referi atrás, há um especial regime próprio de direito administrativo para os servidores militares dos Estados, Distrito Federal e Municípios, daqueles aplicáveis aos demais servidores públicos, separação criada, de forma inequívoca, pelo artigo 2º da referida emenda, assim redigida, que repito:

*Art. 2º. A seção II do Capítulo VII do Título III da Constituição passa a denominar-se “DOS SERVIDORES PÚBLICOS” e a Seção III do Capítulo VII do Título III da Constituição Federal passa a denominar-se “DOS MILITARES DOS ESTADOS, DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS”, dando-se ao art. 42 a seguinte redação:*

*Art. 42 Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.*

*§ 1º. Aplicam-se aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, além do que vier a ser fixado em lei, as disposições do art. 14, §. 8º; do art. 40, §. 3º; e do art. 142, §§ 2º. e 3º., cabendo à lei estadual específica dispor sobre as matérias do art. 142, 3º, inciso X, sendo as patentes dos oficiais conferidas pelos respectivos Governadores.*

12 Carlos Maximiliano ensina que: “O grau menos adiantado de elaboração científica do Direito Público, a amplitude do seu conteúdo, que menos se presta a ser enfeixado num texto, a grande instabilidade dos elementos de que se cerca, determinam uma técnica especial na feitura das leis que compreende. Por isso, necessita o hermeneuta de maior habilidade, competência e cuidado do que no Direito Privado, de mais antiga gênese, uso mais freqüente, modificações e retoques mais fáceis, aplicabilidade menos variável de país a país, do que resulta evolução mais completa, opulência maior de materiais científicos, de elemento de certeza, caracteres fundamentais melhor definidos, relativamente precisos. Basta lembrar como variam no Direito Público até mesmo as concepções básicas relativas à idéia de Estado, Soberania, Divisão de Poderes etc.

A técnica da interpretação muda, desde que se passa das disposições ordinárias para as constitucionais, de alcance mais amplo, por sua própria natureza e em virtude do objeto colimado redigidas de modo sintético, em termos gerais” (Hermenêutica e aplicação do Direito, Ed. Forense, 9a. ed., 1979, p. 304).

*§ 2º. Aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios e a seus pensionistas, aplica-se o disposto no art. 40, §§ 4º. e 5º; e aos militares do Distrito Federal e dos Territórios, o disposto no art. 40, § 6º.*

Tenho para mim que todos os agentes públicos são servidores públicos, só que a E.C. distingue um regime próprio e geral de servidores públicos civis e um regime próprio especial de servidores militares.

E esta divisão projeta implicações na disciplina da atividade e da inatividade.

Agiu bem, o constituinte, em tornar clara tal divisão, explicitando algo que, a meu ver, já vinha implícito no texto original da Constituição de 1988, visto que os servidores militares submetem-se a forma diversa de atuação, de seleção e de preparação para a atividade e inclusive para inatividade, em relação aos servidores públicos do regime próprio geral.<sup>13</sup>

De início, é bom lembrar que, como a consulta menciona, é exigida qualificação técnica maior, nos concursos de servidor público em geral, que, quando aprovado, na seleção estará já preparado para exercício de sua função.

O militar, não. Seu conhecimento escolar é comum e tudo o que aprenderá para exercer a sua função de risco, deverá receber do Estado. Preparação, educação, conhecimento das regras militares, de rigor, todo o seu ofício deve ser ensinado pelo Estado.<sup>14</sup>

Não é diferente do serviço militar das Forças Armadas. Como professor, há 15 anos, da Escola do Comando e Estado Maior do Exército, conheço bem a preparação dos selecionados para a carreira ofertada exclusivamente pelo Estado, inclusive —nas Forças Armadas— para os coronéis, que deverão ser selecionados para o generalato.

13 Orlando Soares escreve: “A expressão ‘Forças Armadas’ corresponde ao conjunto de instituições militares permanentes, técnica e hierarquicamente organizadas, instruídas, equipadas e disciplinadas, que se destinam a defender, na ordem interna, os princípios da legalidade, a integridade do território nacional e as instituições fundamentais do Estado, bem como a garantir a execução da sua Constituição; e, na ordem externa, a repelir ou revidar pelas normas o ataque do inimigo ou o ultraje à honra e à soberania da pátria” (Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil, Forense, 1990, p. 528).

14 Rosah Russomano esclarece: “Embasadas na ‘hierarquia e na disciplina’, são, necessariamente, hierarquizadas. Há, assim, atuação de várias vontades, cabendo, porém, apenas à vontade de um indivíduo ou de um grupo (no caso de órgãos colegiados), que se encontram na cúpula da organização militar, os pronunciamentos decisivos.

Notamos, assim, diversos degraus, que conduzem da base à cúspide da estrutura. Existe uma superposição de vontades. Os que estão abaixo, sob o ângulo hierárquico, devem acatar e obedecer aos que se acham acima.

Como decorrência da hierarquia, surge a disciplina, da qual nasce, a seu turno, o dever de sujeição e obediência. Não há organização hierárquica que não acarrete as obrigações peculiares à disciplina.

Justamente na hierarquia militar, pelas suas características, estes deveres intensificam-se. São mais rigorosos do que na órbita civil, mesmo em se tratando do setor da administração, configurado pela polícia” (Curso de direito constitucional, 4. cd., Freitas Bastos, 1984, p. 322).

Freqüentam curso de um ano, na “Praia Vermelha”, para se habilitarem, não só, em artes marciais e em funções específicas dos militares, mas também para a aquisição de amplo conhecimento da conjuntura política, econômica, jurídica e social do país.<sup>15</sup>

O servidor público do regime geral já vem preparado para o exercício de sua função, a partir do concurso de ingresso. Só se aperfeiçoará a partir de sua aprovação. O servidor militar, tudo receberá do Estado para a função que exercerá, passando a estar sujeito a regras muito mais rígidas e duras do que o servidor do regime geral.

Ao servidor público de regime próprio geral exige-se a observância dos princípios pertinentes ao art. 37, ou seja, eficiência, moralidade, publicidade, legalidade, impessoalidade nos atos que pratica. Apenas é-lhe imposto tais atributos no exercício de sua função, a que deve dedicação. Não é, todavia, obrigado a dar a vida por seu trabalho e nem pode a Administração exigir que o faça.

O militar, não. Exige-se dele muito mais dedicação, inclusive de empenho de sua própria vida.<sup>16</sup>

Com particular clareza, a consulente coloca, no texto de sua consulta, as características próprias do servidor militar, aquilo que o distingue do regime próprio geral dos servidores civis, são a saber:

---

15 Escrevi: “As Forças Armadas destinam-se à defesa da pátria, em primeiro lugar. É a sua feição maior. Historicamente, desde as primitivas eras, as forças militares objetivavam, nos velhos impérios orientais (da China até o complexo de civilizações do próximo Oriente), a conquista ou a defesa.

Principalmente após os romanos, tal missão do exército ficou bem clara, visto que, pela primeira vez, utilizaram-se do direito como instrumento de conquista, aplicando-o durante os dois mil e cem anos de seu domínio (711 a.C. a 1492 d.C.).

A segunda grande missão das Forças Armadas é a garantia que ofertam aos poderes constitucionais, o que vale dizer, se o Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição, quem garante os poderes constituídos são as Forças Armadas. Quando Nélson Hungria, desconsolado, no golpe de estado que derrubou Café Filho, disse que o Supremo Tribunal Federal era um arsenal de livros, e não de tanques — e, por isso, nada podia fazer para garantir o governo, podendo apenas mostrar uma realidade, qual seja, a de que sem a garantia das Forças Armadas não há poderes constituídos, definiu os verdadeiros papéis das duas instituições.

Por fim, cabe às Forças Armadas assegurar a lei e a ordem sempre que, por iniciativa de qualquer dos poderes constituídos, ou seja, por iniciativa dos Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário, forem chamadas a intervir.

Nesse caso, as Forças Armadas são convocadas para garantir a lei e a ordem, e não para rompê-las, já que o risco de ruptura provém da ação de pessoas ou entidades preocupadas em desestabilizar o Estado” (Comentários à Constituição do Brasil, 5º vol., ob. cit. p. 165/167).

16 José Cretella Júnior ensina: “A segurança das pessoas e das coisas é elemento básico das condições universais, fator absolutamente indispensável para o natural desenvolvimento da personalidade humana. Proclamada inviolável pelo Direito, não fica, porém, livre de forças exteriores, pessoais e impessoais, que ameaçam a todo instante a paz física e espiritual dos indivíduos. Tais ameaças que se erigem em perigo contra o qual a personalidade oferece, primeiro, a própria força particular, em seguida, a força organizada do meio social — pelo motivo muito simples de que a ameaça dirigida a uma pessoa constitui ameaça indireta a toda a coletividade — precisam ser coibidas. Nisto é que consiste a ordem pública, noção chave do Direito Administrativo, constituída, no sentido administrativo do termo, como um certo mínimo de condições essenciais a uma vida social conveniente” (Polícia e poder de polícia, RT 608:7, jun. 1986).



- 11.1. alto grau de letalidade e ferimentos em defesa da sociedade, deixando viúvas e órfãos;*
- 11.2. riscos à vida, à saúde e à integridade física, tanto na atividade de polícia ostensiva e preservação da ordem pública, como na atividade de combate a incêndios, resgate e salvamentos;*
- 11.3. regime de trabalho policial militar sujeito a variações de horários, prolongamentos e antecipações de escala de serviço, com previsão legal de tal situação que os impossibilita de receber horas extras e remuneração por trabalho noturno superior ao diurno;*
- 11.4. instituição baseada na hierarquia e disciplina, com características disciplinares rígidas, necessárias à garantia da lei, da ordem e dos poderes constituídos;*
- 11.5. vedação constitucional aos direitos de sindicalização e greve;*
- 11.6. sujeição aos rigores do Código Penal Militar e Código de Processo Penal Militar, além das legislações penais e processuais comuns, essenciais ao controle da Força;*
- 11.7. possibilidade de reversão de Oficiais ao serviço ativo nas situações previstas em lei, bem como alcance das disposições do Regulamento Disciplinar e Código Penal Militar aos militares da reserva e reformados;*
- 11.8. vedação ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, o que somente é compensado pela sua aposentadoria com vencimentos integrais, iguais aos dos militares da ativa;*
- 11.9. vedação ao aviso-prévio;*
- 11.10. vedação a participação nos lucros e ao Seguro Desemprego;*
- 11.11. vedação ao direito de receber o 13º salário proporcional ao tempo de serviço.*

Como se percebe, dúvida não existe - em face da explicitação da implicitude do constituinte originário - sobre a existência de dois regimes jurídicos distintos para os servidores públicos (regime próprio geral) e para os servidores militares (regime próprio especial), a justificar, na ativa e na inatividade, regimes jurídicos também distintos, no que concerne às obrigações, remunerações, aposentadorias e pensões.

E tal distinção ficou, definitivamente, assegurada pela E.C. n. 41/03, ao inserir o § 20 no art. 40, com a seguinte dicção:

*§ 20. Fica vedada a existência de mais de um regime próprio de previdência social para os servidores titulares de cargos*

*efetivos, e de mais de uma unidade gestora do respectivo regime em cada ente estatal, ressalvado o disposto no art. 142, § 3º, X. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003).<sup>17</sup>*

Claramente, da leitura do artigo 40, em sua redação atual, se depreende:

- a) todos aqueles que são titulares de cargos efetivos são servidores públicos;
- b) são servidores públicos, os militares e os demais agentes públicos efetivados, para efeitos da previdência social;
- c) não pode haver mais de um regime próprio de previdência social para os servidores públicos;
- d) não pode haver mais de uma unidade gestora do respectivo regime, em cada ente estatal;
- e) o regime próprio de previdência social para as forças armadas e para os militares de Estados, Distrito Federal e dos inexistentes territórios é distinto dos demais regimes, por expressa ressalva do § 20 do artigo 40 e do artigo 142 § 3º, X;<sup>18</sup>
- f) conseqüentemente, sua unidade gestora há de ser também distinta, em face da ressalva da dicção final do § 20.

Há dois regimes jurídicos para os dois tipos de servidores públicos. Não é, portanto, só uma prerrogativa federal, mas também dos Estados, DF., na medida em que o artigo 142, § 3º, inciso X estende aos militares destes entes federativos a disciplina legal pertinente aos militares federais.

Desta forma, a outorga, aos militares federais, de regime próprio especial e diferenciado não representou violação, mas cumprimento de princípio consti-

17 Na ADIN 3.128, proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), o Supremo Tribunal Federal, ao formatar a unidade do regime geral de previdência extensível no concernente ao teto ao regime dos servidores, declarou que: “a) o fato de alguns serem inativos ou pensionistas dos Estados, do DF ou dos Municípios não legitima o tratamento diferenciado dispensado aos servidores inativos e pensionistas da União, que se encontram em idêntica situação jurídica” (Informativo do STF n. 357, disponível no endereço eletrônico [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)). A expressão “que se encontra em idêntica situação jurídica” está a admitir que em **situações diversas os regimes são também diversos**.

18 Na ADIN 2024-MS claro ficou que apenas os servidores ocupantes de cargos efetivos podem ser aposentados: “EMENTA: STF — Tribunal Pleno 27/10/1999 — AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2024-2 DISTRITO FEDERAL. RELATOR: MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE.

1.- Ação direta de inconstitucionalidade: seu cabimento — afirmado no STF desde 1926 para questionar a compatibilidade de emenda constitucional com os limites formais ou materiais impostos pela Constituição ao poder constituinte derivado: precedente.

II. Previdência Social (CF, art. 40, § 13, cf. EC 20/98):

Submissão dos ocupantes exclusivamente de cargos em comissão, assim como os de outro cargo temporário ou de emprego público ao regime geral da previdência social: arguição de inconstitucionalidade do preceito por tendente a abolir a “forma f do Estado” (CF, art. 60, § 40, I): implausibilidade da alegação: medida cautelar indeferida”.

tucional de sua separação, a mesma imposição maior sendo estendida aos legisladores estaduais, por força da lei suprema.

Aliás, é a própria Constituição Federal que, no referido artigo 40, determina, por força do artigo 42 § 1º, que, do artigo 40 dedicado ao regime geral dos servidores públicos, só se aplica o § 9 assim redigido:

*§ 9º - O tempo de contribuição federal, estadual ou municipal será contado para efeito de aposentadoria e o tempo de serviço correspondente para efeito de disponibilidade. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98),*

em nítida comprovação de que os regimes são distintos, devendo as unidades gestoras serem também distintas.

É de se observar a revogação, pela E.C. n. 41/03, do inciso IX do artigo 142, o que remete à possibilidade de aplicação dos §§ 7º e 8º do artigo 40 ao regime próprio especial das Forças Armadas, substituído pela nova norma do § 20 do artigo 40, na mesma emenda, a qual faz EXPRESSA RESSALVA à sua adoção para militares estaduais e do Distrito Federal. Ora, na medida em que apenas o § 3º inciso X do art. 142 é citado, é de se entender que a disposição aplica-se, integralmente, aos militares da União e às polícias militares.

Estão os referidos dispositivos revogados e atuais assim redigidos, repetindo alguns para efeitos de comparação:

*Art. 142 - IX - aplica-se aos militares e a seus pensionistas o disposto no art. 40, §§ 7º e 8º; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/1998) (Revogado pela Emenda Constitucional nº 41, de 19.12.2003)*

*Art. 142- X - a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)*

*Art. 40 - § 7º - Lei disporá sobre a concessão do benefício da pensão por morte, que será igual ao valor dos proventos do servidor falecido ou ao valor dos proventos a que teria direito o servidor em atividade na data de seu falecimento, observado o disposto no § 3º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98 e revogada pela E.C. 41/03)*

§ 7º *Lei disporá sobre a concessão do benefício de pensão por morte, que será igual: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)*

*I - ao valor da totalidade dos proventos do servidor falecido, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso aposentado à data do óbito; ou (Incluído pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)*

*II - ao valor da totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se deu o falecimento, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso em atividade na data do óbito. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)*

§ 8º - *Observado o disposto no art. 37, XI, os proventos de aposentadoria e as pensões serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e aos pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98 e revogada pela E.C. 41/03)*

§ 8º *É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)*

Art. 40 - § 20 - *Fica vedada a existência de mais de um regime próprio de previdência social para os servidores titulares de cargos efetivos, e de mais de uma unidade gestora do respectivo regime em cada ente estatal, ressalvado o disposto no art. 142, § 3º, X. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)*

Art. 142 - § 3 - X - *a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compro-*

*missos internacionais e de guerra. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998).<sup>19</sup>*

Ora, se por força do artigo 194 da C.F., todos os cidadãos brasileiros têm o direito à previdência, seja no regime geral para os trabalhadores não governantes, seja no regime próprio dos servidores públicos e se a própria Constituição distingue no regime próprio dos servidores, um regime geral para todos os servidores civis e um regime especial para os militares, como demonstrei, na presente consulta, em que o § 20, do artigo 40, EXPRESSAMENTE EXCEPCIONA AS FORÇAS ARMADAS E POLÍCIAS MILITARES do regime geral dos servidores, é de se entender, por decorrência, que o constituinte impõe, a criação de um regime previdenciário próprio especial e sua respectiva unidade gestora, de resto, conformado pela não-aplicação dos §§ 14 a 16 do artigo 40 destinados exclusivamente ao regime próprio geral dos servidores públicos civis.<sup>20</sup>

De tudo, há de se concluir que o regime jurídico da atividade e da inatividade, com formação e características diferentes entre os servidores públicos civis e os militares, tem implicação na sua remuneração, subsídios, aposentadorias e pensões, sendo dois regimes jurídicos distintos e específicos para duas categorias diversas de servidores, com tratamento constitucional também diverso para a atividade e para a inatividade, inclusive da unidade gestora, também excepcionada pelo § 20 do artigo 40 da C.F.

19 A justificação, inclusive, da distinção de regimes pode-se ler na Súmula 55 do STF assim redigida: “Militar da reserva está sujeito a pena disciplinar”, o que vale dizer, sua responsabilidade funcional transcende a própria reserva.

20 Os artigos 194 “caput” e §§ 14 a 16 do artigo 40 estão assim redigidos: “Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”; “Art. 40 -

§ 14 - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, desde que instituíam regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo, poderão fixar, para o valor das aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de que trata este artigo, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

§ 15 - Observado o disposto no art. 202, lei complementar disporá sobre as normas gerais para a instituição de regime de previdência complementar pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, para atender aos seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98 e revogado pela E.C. 41/03).

§ 15. O regime de previdência complementar de que trata o § 14 será instituído por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, observado o disposto no art. 202 e seus parágrafos, no que couber, por intermédio de entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública, que oferecerão aos respectivos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

§ 16 - Somente mediante sua prévia e expressa opção, o disposto nos §§ 14 e 15 poderá ser aplicado ao servidor que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98).”

Como as normas constitucionais, nesta matéria, são de aplicação imediata, não constitui, a criação de um regime próprio de aposentadoria e pensão para os militares de Estados e do Distrito Federal, faculdade de legislar, mas autêntica imposição constitucional, risco de sua omissão poder ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal, nos termos do artigo 103, § 2º assim redigido:

*§ 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.*<sup>21</sup>

É de se lembrar, por fim, que o Estado de São Paulo tem sua própria unidade gestora instituída pela Lei n. 452 de 02/10/74 e, a meu ver, recepcionada pela Constituição de 1988, visto que entendo que o duplo regime próprio (geral e especial) já havia, desde 1988, implicitamente, tendo sido apenas explicitado pela E.C. n. 41/03, como atrás demonstrei.

Respondo, pois, às três questões formuladas pela consulente que

- a) impõe a Constituição Federal a instituição de dois regimes jurídicos, no que concerne aos servidores públicos, distintos para a Previdência, um para os servidores em geral e outro para militares estaduais, por força do art. 40, § 20, 42 e parágrafos e 142 § 3º inciso X da lei suprema.
- b) não se trata de uma faculdade, mas de um poder-dever, podendo o Estado que não elaborar a lei do regime distinto, ser acionado e poder ser declarada a inconstitucionalidade por omissão do governo que não instituiu o duplo regime para os servidores em geral e para os militares em especial.
- c) a Lei n. 452/74, que instituiu a Caixa Beneficente da Polícia Militar, foi recepcionada pela Constituição de 1988, tendo sido *ex abundantia* reiterada a recepção pela E.C. n. 41/03.

S.M.J.

São Paulo, 10 de Junho de 2005.

21 Gilmar Ferreira Mendes informa sobre a jurisprudência do STF a respeito, dizendo: “As decisões proferidas nesses processos declaram a mora do órgão legiferante em cumprir dever constitucional de legislar, compelindo-o a editar a providência requerida. Destarte, a diferença fundamental entre o mandado de injunção e a ação direta de controle da omissão residiria no fato de que, enquanto o primeiro destina-se à proteção de direitos subjetivos e pressupõe, por isso, a configuração de um interesse jurídico, o processo de controle abstrato da omissão, enquanto processo objetivo, pode ser instaurado independentemente da existência de um interesse jurídico específico” (Controle Concentrado de Constitucionalidade, Ed. Saraiva, 2001, p. 325/326).

# ASSUNTO ESPECIAL

---

Operadores do Direito:  
novos desafios sob o prisma do Direito de Família

*“...são os restos do amor que batem às portas do Judiciário”*

Rodrigo da Cunha Pereira





## INVESTIGANDO A PARENTALIDADE

*Maria Berenice Dias*

Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.  
Vice-Presidente Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM.

Palavras-chave: Filiação natural da procriação, presunção de paternidade, de maternidade, “posse de estado de filho”, “filiação socioafetiva”, desbiologização da paternidade, filho ilegal, filho atual, filho real, vínculo jurídico de parentalidade, filho desejado, filho do afeto, “uniões homoafetivas”, heteroafetivas, família substituta, guarda, tutela, adoção.

### QUEM É O PAI?

Para a Biologia, pai sempre foi unicamente quem, por meio de uma relação sexual, fecunda uma mulher que, levando a gestação a termo, dá à luz um filho. O Direito, ao gerar presunções de paternidade e maternidade, afasta-se do fato natural da procriação para referendar o que hoje se poderia chamar de “posse de estado de filho” ou “filiação socioafetiva”. Assim, a desbiologização da paternidade, ainda que pareça ser um tema atual, já era consagrada há muito tempo, aliás, desde a época dos romanos, pelo aforismo *pater est is quem nuptiae demonstrant*.

### DO FILHO PRESUMIDO

O Código Civil considera concebido na constância do matrimônio o filho nascido pelo menos 180 dias após o casamento de um homem e uma mulher ou

300 dias após sua dissolução (art. 338<sup>1</sup>). Essa presunção busca prestigiar a família, ou, conforme Zeno Veloso, *preservar a paz das famílias*,<sup>2</sup> único reduto em que era aceita a procriação. Desvincula-se o legislador da verdade biológica e gera uma paternidade jurídica baseada exclusivamente no fato de alguém haver nascido no seio de uma família constituída pelos sagrados laços do matrimônio. A ciência jurídica conforma-se com a paternidade calcada na *moral familiar*.<sup>3</sup> Como afirma Taisa Maria Macena Lima, *verdade e ficção se confundem no vínculo jurídico paterno-filial*.<sup>4</sup>

## DO FILHO ILEGAL

A necessidade social de preservação do núcleo familiar – ou melhor, preservação do patrimônio da família – levou a lei a catalogar os filhos de forma absolutamente cruel. Fazendo uso de uma terminologia encharcada de discriminação, distinguia filhos naturais, ilegítimos, espúrios, adulterinos e incestuosos. Essa classificação tinha por critério único a circunstância de a prole haver sido gerada dentro ou fora do casamento, isto é, proceder ou não de *justas núpcias* dos genitores, para usar a expressão de Clóvis Bevilacqua.<sup>5</sup> A situação conjugal do pai e da mãe refletia-se na identificação dos filhos, conferindo ou subtraindo não só o direito à identidade, mas o direito à própria sobrevivência. Basta lembrar o que estabelecia o art. 358 do Código Civil em sua redação originária: *Os filhos incestuosos e os adulterinos não podem ser reconhecidos*. Como lhes era vedado investigar a paternidade, não podiam sequer buscar alimentos. O próprio Bevilacqua já se insurgia contra tal dispositivo, ao afirmar:

*A falta é commettida pelos Paes e a deshonra recáe sobre os filhos, que emm nada concorreram para ella. A indignidade está no facto do incesto e do adullterio, e a lei procede como se ella estivesse nos fructos infelizes dessas uniões condemnadas. Acaba o mestre por trazer as palavras indignadas de CIMBALL: Estranha, em verdade, a lógica desta sociedade e a justiça destes legisladores que, com imprudente cynismo, subvertem, por completo, os mais sagrados*

1 As referências são ao Código Civil de 1916 com correspondência no art. 1.597 do Código Civil de 2002.

2 VELOSO, Zeno. *Direito Brasileiro da Filiação e Paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 13.

3 GUIMARÃES, Luís Paulo Cotrim. A presunção da paternidade no casamento e na união estável in *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Coordenador: Rodrigo da Cunha Pereira, Belo Horizonte: Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, 2002, p. 366.

4 LIMA, Taisa Maria Macena de. *Filiação e biodireito: uma análise das presunções em matéria de filiação em face da evolução das ciências biogenéticas*. Revista Brasileira de Direito de Família, nº 13, jun/2002, pp. 144.

5 BEVILAQUA, Clóvis. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1917, p. 327.

*princípios da responsabilidade humana, fazendo do réo vítima e da vítima réo, condenando a expiar, inexoravelmente, a pena de um crime, que não cometeu.*<sup>6</sup>

Depois de alguns equívocos legislativos, a Lei nº 883, de 21/10/1949, assegurou a possibilidade de haver o reconhecimento dos filhos havidos fora do matrimônio, após a dissolução do casamento. Mas, enquanto o genitor se mantivesse no estado de casado, o direito de investigar a paternidade servia para o fim exclusivo de buscar alimentos, tramitando a ação em segredo de justiça. Ainda assim, tais filhos só teriam direito, a título de amparo social, à metade da herança que viesse a receber o filho legítimo ou legitimado.

A Lei do Divórcio, em boa hora, assegurou a todos os filhos o direito à herança em igualdade de condições, afastando o tratamento diferenciado da prole.

## DO FILHO ATUAL

A concepção não mais decorre exclusivamente do contato sexual, e o casamento deixou de ser o único reduto da conjugalidade. As relações extramatrimoniais já dispõem de reconhecimento constitucional. Também não se pode mais deixar de albergar no âmbito do Direito de Família as relações homoafetivas, apesar de posturas discriminatórias e preconceituosas, que, por puro conservadorismo, insistem em não emprestar visibilidade a ditos vínculos familiares.

A Constituição Federal alargou o conceito de entidade familiar, emprestando especial proteção não só à família constituída pelo casamento, mas também à união estável formada por um homem e uma mulher e à família monoparental, assim chamada a convivência de um dos genitores com sua prole.

Consagrou a nova ordem jurídica como direito fundamental o direito à convivência familiar, adotando a doutrina da proteção integral. Transformou a criança em sujeito de direito, afastando-se do sistema anterior que privilegiava o interesse do adulto. Deu prioridade à dignidade da pessoa humana, abandonando a feição patrimonialista da família para fins de identificação do indivíduo. O § 6º do art. 227 da Carta Constitucional proibiu qualquer designação ou discriminação relativa à filiação, assegurando os mesmos direitos e qualificações aos filhos nascidos ou não da relação de casamento e aos filhos havidos por adoção.

A legislação ordinária não define a família, limitando-se o Estatuto da Criança e do Adolescente a identificar família natural como sendo a comunidade formada pelos pais, ou qualquer um deles, e seus descendentes. A lei menorista cria a expressão “família substituta” para permitir a colocação de crianças e adolescentes, sem, no entanto, declinar a estrutura ou o formato de tais famílias.

<sup>6</sup> Op. cit., p. 332.

A família sofreu alterações estruturais, tornou-se nuclear. Além disso, o ingresso das mulheres no mercado de trabalho as afastou do lar, o que acabou por se refletir nos papéis paterno-filiais. Cada vez mais está o pai não só auxiliando, mas dividindo as tarefas domésticas e participando do cuidado para com a prole. Esse crescente envolvimento tem levado o homem a reivindicar uma participação mais efetiva na vida do filho. Mesmo quando os pais deixam de viver sob o mesmo teto, mantém-se a convivência física e imediata dos filhos com ambos os genitores, o que levou ao surgimento da figura da guarda compartilhada.

## DO FILHO REAL

A possibilidade de identificação da verdade genética alcançou um altíssimo grau de certeza por meio dos chamados exames de DNA, o que ocasionou uma reviravolta nos vínculos de filiação. Desencadeou uma corrida na busca da verdade real, em substituição à verdade jurídica definida muitas vezes por presunções legais.

De outro lado, avanços científicos, permitindo a manipulação biológica popularizaram a utilização de métodos reprodutivos, como a fecundação assistida homóloga e heteróloga, a cessão do útero, a comercialização de óvulos ou espermatozoides, a locação de útero, e isso sem falar na clonagem.

Diante desse verdadeiro caleidoscópio de situações, cabe perguntar como estabelecer os vínculos de parentalidade.

A resposta não pode mais ser encontrada exclusivamente no campo genético, pois situações fáticas idênticas ensejam soluções substancialmente diferentes. Assim, não há como identificar o pai com o cedente do espermatozoide. Também não dá para dizer se a mãe é a que doa o óvulo, a que aluga o útero ou aquela que faz uso do óvulo de uma mulher e do útero de outra para gestar um filho, sem fazer parte do processo procriativo.

Ante essa nova realidade, imperiosos novos referenciais, pois não mais se pode buscar nem na verdade jurídica nem na realidade biológica a identificação dos vínculos familiares. Como afirma Jédison Daltrozo Maidana, *a coincidência genética deixou de ser o ponto fundamental na análise dos vínculos familiares*.<sup>7</sup>

## DO FILHO DESEJADO

Cada vez mais a idéia de família se afasta da estrutura do casamento. A possibilidade do divórcio e do estabelecimento de novas formas de convívio, o reconhecimento da existência de outras entidades familiares e a faculdade de reco-

7 MAIDANA, Jédison Ronei Daltrozo. *O fenômeno da paternidade socioafetiva: a filiação e a revolução da genética*. Disponível no site [www.ibdfam.com.br](http://www.ibdfam.com.br).

nhecer filhos havidos fora do casamento operaram verdadeira transformação no conceito de família. Assim, é necessário ter uma visão pluralista, que albergue os mais diversos arranjos familiares, devendo ser buscado o elemento que permita enlaçar no conceito de entidade familiar o relacionamento de duas pessoas. O desafio dos dias de hoje é identificar o toque diferenciador das estruturas interpessoais a permitir inseri-las no Direito de Família.

Esse ponto de identificação só pode ser encontrado pelo reconhecimento da existência de um vínculo afetivo. É o envolvimento emocional que leva a subtrair um relacionamento do âmbito do Direito Obrigacional – cujo núcleo é a vontade – para inseri-lo no Direito de Família, cujo elemento estruturante é o sentimento do amor, o elo afetivo que funde as almas e confunde os patrimônios, fazendo gerar responsabilidades e comprometimentos mútuos.

Essa nova realidade também se impõe nas relações de filiação. Conforme João Baptista Villela:

*As transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso para se afirmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo, imprimiram considerável reforço ao esvaziamento biológico da paternidade.<sup>8</sup>*

A mudança dos paradigmas da família reflete-se na identificação dos vínculos de parentalidade, levando ao surgimento de novos conceitos e de uma linguagem que melhor retrata a realidade atual: filiação social, filiação socioafetiva, posse do estado de filho.

Todas essas expressões nada mais significam do que a consagração, também no campo da parentalidade, do mesmo elemento que passou a fazer parte do Direito de Família. Tal como aconteceu com a entidade familiar, agora também a filiação passou a ser identificada pela presença de um vínculo afetivo paterno-filial. O Direito ampliou o conceito de paternidade, que passou a compreender o parentesco psicológico, que prevalece sobre a verdade biológica e a realidade legal.

Cabe o questionamento feito por Rodrigo da Cunha Pereira: *Podemos definir o pai como o genitor, o marido ou companheiro da mãe, ou aquele que cria os filhos e assegura-lhes o sustento, ou aquele que dá seu sobrenome ou mesmo seu nome?*<sup>9</sup> A resposta só pode ser uma: nada mais autêntico do que reconhecer como pai quem age como pai, quem dá afeto, quem assegura a proteção e garante a sobrevivência.

8 VILLELA, João Baptista. Desbiologização da Paternidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte, nº 21, 1979, p. 404.

9 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 144.

A filiação socioafetiva corresponde à realidade que existe, e juridicizar a verdade aparente garante a estabilidade social. A posse do estado de filho

*revela a constância social da relação entre pais e filhos, caracterizando uma paternidade que existe, não pelo simples fato biológico ou por força de presunção legal, mas em decorrência de elementos que somente estão presentes, frutos de uma convivência afetiva.*<sup>10</sup>

## DO FILHO DO AFETO

No atual estágio da sociedade, não mais se questiona a origem da filiação. Ante as facilidades que os métodos de reprodução assistida trouxeram, hoje é possível a qualquer pessoa realizar o sonho de ter um filho. Para isso, não precisa ser casado, ter um par ou mesmo manter uma relação sexual. A essa realidade não se pode fechar os olhos. Igualmente não dá mais para crer que os casais de pessoas do mesmo sexo, por não disporem de capacidade reprodutiva, simplesmente não podem ou não devem ter filhos.

Esses vínculos que passaram a ser chamados de “uniões homoafetivas”<sup>11</sup> se constituem da mesma forma que as uniões heteroafetivas. A presença de um vínculo de afeto leva ao comprometimento mútuo, e o enlaçamento de vidas de forma assumida configura uma entidade familiar. Muitas vezes, um ou ambos são egressos de relacionamentos heterossexuais de que adveio prole. Quando, após a separação, o genitor que fica com os filhos em sua companhia resolve assumir sua orientação sexual, passando a viver com alguém do mesmo sexo, imperioso questionar a posição do companheiro frente ao filho do guardião. À evidência, ele não é nem o pai nem a mãe do menor, mas não se pode negar que a convivência gera um vínculo de afinidade e afetividade. Afora isso, o parceiro do genitor muitas vezes participa da formação e criação da criança, zelando por seu desenvolvimento e educação, podendo até assumir o seu sustento.

Se esse convívio acaba gerando um forte vínculo de afetividade, ambos, o pai e seu companheiro, passam a exercer de forma conjunta a função parental, tornando-se imperioso constatar a presença de uma filiação socioafetiva. Como lembra Sérgio Resende de Barros: *O afeto é que conjuga. Apesar de a ideologia da família parental de origem patriarcal pensar o contrário, não é requisito indispensável para haver família que haja homem e mulher, pai e mãe.*<sup>12</sup>

10 BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação de paternidade: posse de estado de filho: paternidade socioafetiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 54.

11 Expressão cunhada pela autora na obra intitulada *União Homossexual: o preconceito e a justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

12 BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, Jul-Ago-Set. 2002, v. 14, p. 9.

Vetar a possibilidade de juridicizar dito envolvimento só traz prejuízo à própria criança, pois ela não vai conseguir cobrar qualquer responsabilidade nem fazer valer qualquer direito com relação a quem de fato também exercita o “pátrio poder”, isto é, desempenha função paternal, hoje nominado de “poder familiar”.

Outra possibilidade cada vez mais comum é o uso de bancos de material reprodutivo, que permite que um do par seja o pai ou a mãe biológica enquanto o outro genitor fica garantido pelo anonimato. Para quem usa tal método e é casado ou vive em união estável, o cônjuge ou companheiro assume a paternidade, tanto que, pelo novo Código Civil, essa é uma das hipóteses em que se opera a presunção de paternidade.<sup>13</sup> Utilizando o par homossexual os mesmos métodos reprodutivos, impedir que o parceiro do pai biológico tenha um vínculo jurídico com o filho gestado por mútuo consenso é olvidar tudo o que vem a Justiça construindo com relação aos vínculos familiares a partir de uma visão ampliativa que melhor atende à realidade social.

Cabe trazer, como exemplo, o procedimento levado a efeito por um par inglês, que utilizou o sêmen de ambos para fecundar uma mulher, a qual veio a dar à luz um casal de gêmeos bivitelinos. Por desígnio mútuo, não foi investigada a filiação biológica dos filhos. Também as mulheres que resolvem ter um filho extraem o óvulo de uma, que, fertilizado *in vitro*, é implantado no útero da outra, que vem a dar à luz. Em ambos os casos, é imperioso perguntar: afinal, quem são os pais dessas crianças? Qualquer resposta que não reconheça que os bebês têm dois pais ou duas mães está se deixando levar pelo preconceito.

Imprescindível reconhecer que não há restrição alguma nem pode haver qualquer obstáculo legal para impedir o uso de tais práticas. Muito menos descabe tentar encontrar alguma justificativa para afastar a criança de seu lar e da companhia de quem considera seus pais. Tais posturas afrontam cânones consagrados constitucionalmente, como o direito à liberdade e o respeito à dignidade da pessoa humana. Igualmente infirmam o princípio do melhor interesse da criança, que tem direito à convivência familiar.

Diante de situações já estabelecidas, para a identificação do vínculo parental, cabe questionar se goza a criança da posse do estado de filho. Reconhecida a existência de uma filiação socioafetiva, com relação aos dois parceiros, imperativo afirmar a possibilidade – ou melhor, a necessidade – de ambos, ainda que sejam do mesmo sexo, estabelecerem um vínculo jurídico, visando principalmente à proteção de quem, afinal, é filho dos dois.

13 O novo Código Civil, no art. 1.597, além de repetir todo o elenco de presunções de paternidade, nos mesmos moldes da legislação anterior, criou novas presunções nas hipóteses de inseminação artificial homóloga e heteróloga.

O que cabe é tão-só perquirir o modo de “legalizar” essa situação dentro do sistema jurídico pátrio.

O Estatuto da Criança e do Adolescente regula de forma minudente uma gama extensa de situações para reforçar os vínculos parentais, possibilitando a colocação de menores em “família substituta” mediante guarda, tutela ou adoção.

Não identifica o ECA o formato dessa estrutura familiar, o que permite concluir que não necessita corresponder ao que o próprio Estatuto chama e define como família natural: *a comunidade formada pelos pais, ou qualquer deles, e seus descendentes* (art. 25). Assim, possível reconhecer como “família substituta” uma só pessoa, conclusão da qual não se pode fugir tanto pelo fato de a Constituição Federal considerar família também o vínculo monoparental, como porque o Estatuto autoriza que maiores de vinte e um anos, independente do estado civil, adotem (art. 42).

De outro lado, descabe afastar a possibilidade de ser conferida a guarda de uma criança a mais de uma pessoa. Ora, diante da falta de definição do que seja família substituta, é possível sustentar que a entidade familiar formada por duas pessoas do mesmo sexo pode ser reconhecida ao menos como uma família substituta. A mesma linha de raciocínio pode ser utilizada para a concessão da guarda ao par, se nenhum for o pai biológico, ou somente ao companheiro do genitor.

O instituto da guarda não é regulamentado nem no Código Civil nem na Lei do Divórcio. Ambas as leis se limitam a identificá-la como um atributo do poder familiar a ser deferido ao genitor com quem o filho passa a residir. Mas a guarda configura verdadeira coisificação do filho, que é colocado muito mais na condição de objeto do que de sujeito de direito. Tal qual o conceito de propriedade (que pode se desdobrar em nua-propriedade e usufruto, posse direta e posse indireta), também o poder familiar e a guarda admitem igual fracionamento. Ambos os pais o detêm, mas a guarda fica com um deles, sendo assegurado ao outro apenas o direito de visita.

Sob a denominação de “guarda”, cuida o ECA da situação de crianças e adolescentes que não convivem com qualquer dos pais, ou seja, que estão em situação de risco, com “direitos ameaçados ou violados” (art. 98). Independente de sua situação jurídica, a lei visa a regularizar a “posse” de fato, com a colocação em família substituta, o que não implica a suspensão nem a extinção do poder familiar (art. 33). Também pode ser deferida a guarda, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela ou adoção. Ditas possibilidades dão a entender que a situação de guarda possui caráter precário e provisório. No entanto, o próprio Estatuto determina que o poder público estimule, por meio de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, o acolhimento, sob a forma de guarda, de crianças órfãs ou abandonadas (art. 34), a deixar evidenciada a possibilidade de tal situação perpetuar-se no tempo. Assim, ainda que, em um primeiro momento, possa parecer que a concessão da guarda serve para atender a situações emergenciais em caráter temporá-